Queda otro papel al fol. 11 deste tomo

~~264~~
51

5°



# POR

## DON GABRIEL de Ouando y Perero, vezino de la villa de Caceres.

## CON

## Don Rodrigo de Godoy, como marido de doña Antonia de Ouando, su muger.

---

*En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria. Año de 1627.*



Adoſe hâ en eſte pleyto a ambas partes traslado de las informaciones en derecho, que vna y otra parte ha hecho: y la informacion en lo principal del dicho don Rodrigo, ſe reduze a dos razones. La principal, que la dicha doña Antonia de Ouando, como hija ſegunda de doña Franciſca de Ouando ſu madre, que caſò cõ perſona que tenia otro mayorazgo, tiene literal llamamiento, como tal hija ſegunda. Segunda, que tãbien le tiene preſuntiuo y congeturado, por auer los fundadores dicho, que no querian que ſu apellido y armas ſe confundieſſe con otra memoria diferente de la ſuya.

Y aunque copioſamente en nueſtra informaeion principal dexamos fundado en la primera, ſegunda y tercera opoſicion, que no ſolo no ay literal llamamiento en el caſo deſte pleyto, de la hija ſegunda; ſino literal y eſpecifico del hijo mayor, y que tampoco no ay congeturada voluntad, ſino al contrario, para que ſuceda el hijo mayor enel caſo deſte pleyto: porque no ſe entienda que callando (ya que ſe nos dio el traslado) aprouamos lo que en contrario ſe dize, iuxta text. in cap. cum olim el 1. de officio deleg. Crauet. conſ. 1. num. 11. & conſ. 140. num. 4. breuemente, & quaſi per indicem, vt inquit text. in §. fin. inſtitu. de public. iudicijs, refutaremos las dichas dos razones.

Hallandoſe los Abogados conuencidos con la verdad de la clauſula, y que es cierto lo que por razon ſegunda principal, con las ſiguiẽtes, alegamos en la ſegunda parte del primero articulo de nr̃a informaciõ, fol. 11. plan. 2. verſ. La ſegũda razon principal es: y no hallãdo reſpueſta

para

para ella, dize q̃ aq̃llas palabras: *Este nuestro vinculo y mayorozgo, y bienes del, huuieren de venir por defeto del dicho Ioan de Ouando Perero, o de su generacion, llamados a este dicho nuestro mayorazgo, viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas, &c.* que no se pusieron restrictiué, ni para condicionar el llamamiento de los hijos segundos; sino demonstratiuè para sinificar la calidad cõ que tenian llamadas a sus hijas inmediatas, idest a falta de Ioan de Ouando y sus descendientes, sin que el repetir la calidad del llamamiento, tenga otro ministerio, ni disponga cosa de nueuo: porque quando en el testamento, o en otra qualquier disposicion, se halla alguna palabra, que designa alguna calidad, que se puede recibir demonstratiua, o dispositiuamente, en duda se presume estar demonstratiuamẽte: y despues de auer gastado todo el numero en alegar autoridades, en comprouacion deste brocardico, en el num. 16. concluye, que ansi queda frustrada y sin fundamento, la inteligencia que aplicamos a las dichas palabras: porque no siendo condicionales, sino demõstratiuas, las palabras *algunas de nuestras hijas*, menos lo seràn las subsiguientes, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera.*

Verdaderamente, señor, que a nuestro corto entendimiento no alcança este pensamiento, o que conuencidos cõ la fuerça de la verdad, y literal sentido de la dicha clausula, no le hallãdo salida, ni satisfacion, se han dexado caer los Abogados contrarios: porque la dicha razõ no es aplicable, ni satisfatoria de la dicha clausula, por lo siguiente.

Lo primero, porque en el dicho num. 15. corta las palabras, y se dexa el principio con que se atan, que son las condicionales, ibi: *Otro si queremos,*

*mos, que si lo que Dios no quiera, por esta nuestra disposicion y llamamiento este nuestro vinculo y mayorazgo y bienes del, huuieren de venir por defeto del dicho Ioã de Ouando de Perero, o de su generacion llamados, &c.* cuyo sentido, claro, literal y llano, es, que si lo que Dios no quiera, por defeto del dicho Ioan de Ouando, o de su generacion, llamados a este vinculo, huuiere de venir a heredarlo, y ser sucessora, segun la disposicion y llamamientos del dicho vinculo, alguna de sus hijas, &c. y siendo este el sentido literal, y la disposicion concebida baxo de aquella palabra, *si lo que Dios no quiera*: y la palabra, *por defeto del dicho Ioan de Ouãdo, o de su generacion, llamados a este vinculo*, quien puede negar que no sean cõdicionales? porque la dicion que mas genuina y propiamente induze condicion expressa, es la dicion, *si*, y la primera que ponderò Bart. a quien todos los demas Doctores siguen en la l. 3. n. 3. ff. de condit. & demonst. donde dà por regla infalible, que quando la dicion, *si*, adiungitur verbo futuri tẽporis, induze condicion, y en esta clausula iniũgitur verbo futuri temporis: porque los fundadores disponen, que *si lo que Dios no quiera, los bienes deste vinculo huuieren de venir por defeto del dicho Ioan de Ouando, en alguna de sus hijas, &c.* duplicando el futuro dos vezes, vt patet ibi: *Huuieren de venir por defeto del dicho Ioan de Ouando.* Et ibi: *Viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas, &c.* Et ita, o las palabras se han de borrar, y no tenerlas por escritas, dexãdo la clausula trõcada y defetuosa, en la forma que la refiere el Abogado contrario en el principio del dicho num. 15. y esto no puede ser, l. in ciuile, ff. de legibus, l. mæuia, ff. de manumis. testam. O son verdaderamente condicionales, sin q̃ aya, ni se halle en derecho otra forma mas fuerte para induzir cõdiciõ.

Lo

Lo segundo, porque en esta clausula no es a proposito la consideracion, de que en derecho se presume, que si en la disposicion se halla alguna palabra de signante calidad, que pueda estar demonstratiua, o dispositiua, se entiende en duda estar demonstratiua, y no dispositiua: porque para esta clausula no viene a proposito esta razō, y prueuase por las autoridades mismas que en el dicho num.15. alegan los Abogados contrarios en los mismos lugares: porque su caso y exemplo es en esta forma. Vn testador en su testamento dize, que manda a Ticio su tienda de paños, y tiene vna tienda suya en propiedad, llena toda de paños. Dudan los Doctores, si este legado comprehende solo la propiedad de la tienda, o si por añadir la calidad de paños, son visto tambien legarse todos los paños que tiene dentro: y resueluen, que aquella calidad de paños, se presume en duda la puso el testador, para demonstrar qual era la tienda que legaua; y no dispositiuamente, para tambien legar los paños, o mercancias que tenia dentro; si no es que la tienda era alquilada, que entonces es visto legar la mercancia, y no la tienda. Esto es lo que dizen las leyes y Autores. Veamos si se ajusta a nuestro caso, y no puede de ninguna forma: porque en primera y principal clausula, los fundadores en la forma que dexamos ponderado en nuestra informacion, 1. articulo, y 1. parte, con toda especialidad dexò llamado al dicho Iuan de Ouando, y a toda su generacion, varones y hembras: y en segūda clausula, en defeto del dicho Ioan de Ouando, y de toda su generacion, llamaron los fundadores a sus quatro hijas colaterales: y luego ordenan la tercera clausula, condicionada con el defeto solo del dicho Ioan de Ouādo, o de su generaciō,

llamados al mayorazgo; y siendo este el orden de las clausulas, y literal dellos, no se puede traer en consequencia, que vna disposicion condicionada con el defeto total de todo vn llamamiẽto anterior a los de las hijas, estè alli de valde, y sin efeto de obrar aquello mismo que ella suena, en fauor de los primeros llamados y sustituydos: pues como prueuan los Abogados contrarios con media coluna de Autores, en el nu. 21. (que bastaua alegar vno solo) las palabras de los testadores no han de estar ociosas, ni superfluas: porque si la generacion del dicho Ioã de Ouando auia de quedar comprehendida en las palabras: *Alguna de nuestras hijas, o en algun tiẽpo viniere en hembra por alguna manera*, superflua quedaua, y sin efeto de obrar con los mas amados y primero sustituydos, toda la prefacion cõdicional de la dicha clausula; pues si la intenciõ de los fundadores no fuera cõforme a lo expressado, no exceptuar la generacion del dicho Iuã de Ouando, omitieran la dicha prefacion, condicionada con el dicho defeto, y dixeran: *Otrosi queremos y es nuestra voluntad, que si este nuestro mayorazgo viniere a heredarlo, y ser sucessora en algun tiempo hembra por alguna manera, que esta hembra q̃ sucediere, &c.* que es el efeto a que los Abogados contrarios quieren reduzir esta clausula, y no dezir como dixeron: *Otro si q̃remos, y es nuestra voluntad, que si lo que Dios no quiera, por esta nuestra disposicion, &c.* pero como lo literal està tan en contrario, no pueden, ni hallan razon por donde cõprouar este intento, con que queda firme en su literal y expresso de la dicha clausula, que es cõdicional y no demonstratiuo, de quando hã de suceder las hijas de los fundadores.

Siendo como es condicional la dicha prefacion, es fuerça que como es cõdicional respeto

de

de las hijas de los fundadores, lo sea ansi mismo respeto de las hembras, comprehendidas en la palabra, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*: porque como fundamos en nuestra informacion principal, fol. 15. vers. Lo primero, con los siguientes versiculos, estas palabras: *Viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas, o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*, estan tã juntas y continuadas, que es fuerça tengan vna misma dependencia, y se rijan de la misma condicionada prefacion, de tal forma, que no ay dalles a las vnas diuerso sentido de las otras, y entrambas a dos tienen su sentido perfeto: porque como fundamos en la dicha foja 15. vers. Lo tercero, y fundan tambien los Abogados contrarios en el nu. 17. de su informaciõ, en la palabra, *alguna de nuestras hyas*, solo los fundadores comprehendieron las quatro hijas inmediatas que actualmente tenian, y por la palabra, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*, comprehendieron vniuersalmente todas las demas hembras, que por defeto del dicho Iuan de Ouando, o de su generacion, en qualquier tiempo pudiessen suceder en el dicho mayorazgo, y estas eran las nietas, viznietas y descendientes de las hijas, que no estauan comprehendidas; baxo de la palabra, *nuestras hijas*, comprehendieron tambien todas las demas hembras, que acabada la generaciõ del dicho Ioan de Ouando, y de las dichas quatro hijas de los fundadores, pudiessen tambien suceder, sin que aya superfluydad, ni encuentro ninguno: porque factible fue, morirse el dicho Iuan de Ouando, sin tener generacion llamada al mayorazgo, que es generacion legitima, y entrar en el mayorazgo alguna de las hijas, que casase, o estuuiesse casada con hombre que tu-

uiesse

uieſſe otro mayorazgo; y en eſte caſo ſe verificaua la palabra, *en alguna de nueſtras hijas*: y factible tambien al tiempo de la muerte, ſin generacion del dicho Iuan de Ouando, no ſer viua ninguna de ſus hijas, y ſuceder alguna hembra deſcendiente dellas, que caſaſe, o eſtuuieſſe caſada con hombre que tuuieſſe otro mayorazgo, y eſta tal hembra ſe comprehendia, y quedò comprehendida en la palabra, *o en algun tiempo viniere en hembra*: y ya que el dicho Iuan de Ouãdo dexó generacion legitima que oy dura, factible tambien que acabe, y entren los llamamientos de los deſcendientes de las dichas hijas de los fundadores, y demas colaterales, cuyos llamamientos no eſtan extinguidos, ſino ſuſpendidos, haſta que falte la generacion del dicho Iuan de Ouãdo, y entonces en qualquier hembra, que en qualquier tiempo ſucediere q̃ caſare con hombre que tenga otro mayorazgo, ſe verificara el efeto de la dicha clauſula: de forma, que las dichas palabras, *viniere a heredarlo, y ſer ſuceſſora alguna de nueſtras hijas, o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*, tienen ſu particular efeto y diſpoſicion, ſin que aya ſuperfluydad, ni encuentro ninguno, antes lo tuuiera y tiene grandiſsimo, ſi la dicha palabra, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*, comprehendiera las hembras de la generacion del dicho Iuan de Ouando, como lo dexamos fundado en la foja 16. de nueſtra informacion principal, y alegamos por eſpecial deciſion el conſejo 573. de Surd. en el n. 33. lib. 4. donde dize: que ſi en defeto de vna ſuceſsion ſe llama otro que los de aquella primera ſuceſsion, en cuyo defeto ſe llama la ſegunda, no ſe pueden comprehender en la ſegunda diſpoſicion: porque non poſſunt ſimul ſtare quod defecerint,

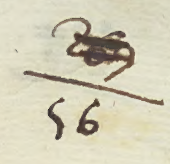
& quod

& quod succedant; y que los fundadores, en defeto del dicho Iuan de Ouando y de su generacion, condicionassen en las dichas sus hijas y demas hembras, el llamamiento del hijo segundo, casando con hombre que tuuiesse otro mayorazgo, y no en la generacion del dicho Iuan de Ouando, no ay que buscar mas razones, que auerlo dispuesto literalmente, como lo dispusieron, y ser el dicho Iuan de Ouando y toda su generacion, antepuesta en la sucession a las hijas de las fundadoras, y ser ellas y su generacion las postreras llamadas: y del segundo grado, al primero y mas amado, no ay tomar argumento: porque de donde se toma es, quando se puso vna condicion en el primero grado, que se omitio en el segundo, en este caso se toma argumento, de que quien fue visto grauar al primer grado, se presume auer querido grauar al segundo: y esto es lo que dize la l. si viua matre, C. de bonis maternis, Menoch. y Casanate, y los demas que alegan los Abogados contrarios en el num. 22. de su informacion: y este argumento, de graué al primero y mas amado, luego soy visto grauar al sustituydo en su defeto, no es cierto, ni seguro, como lo dixo Seraph. decis. 880. n. 31. ibi: *Et certè coniectura illa quæ fundatur in prædilectione filiarum quodque neptes, non debeant esse melioris conditionis, quam filiæ non est tuta, neque recepta absolutè*. Y si esta consideració de grauar al mas proximo, luego es visto grauarse el mas remoto, fuera cierta en los simples fideicomissos, tuuiera perpetuydad contra la regla de la l. pater filium, §. fundum Titianum, ff. de leg. 3. & in authent. de restitut. fideicomm. §. nos igitur, collat. 9. ibi: *Verbis ipsis inuenimus hæredibus demonstratis filijs alienationem inter dictam, quando futuri essent sine filijs fungi vitam non vlterius verò his qui solum*

*eis ſucceſſerint filijs, ſed ſufficere defunctorum, vſque ad filium ſtare conditionem, neque in longiore a filiorũ vita alienationis prohibitionum voluiſſe facere.*

Viendo los Abogados contrarios, que en el caſo deſte pleyto no ay llamamiento literal de la hija ſegunda quaſi per mendicata ſuffragia, en el num.23. ſe aprouechan de las palabras inſertas en la dicha clauſula, ibi: *Porque no queremos que eſte apellido y armas ſe confunda con otra memoria diferente que eſta*; y dizen, que ponit falcem ad radicem para la determinacion deſte pleyto. A eſta clauſula tenemos ſatisfecho y reſpondido en la tercera opoſiciõ de nueſtra informacion, fol.19. 2.plana, con las ſiguientes, donde fundamos, que las dichas palabras no ſolo no fundan el intento de la dicha doña Antonia: pero que le deſtruyen de todo punto. Y aora añadimos.

Lo primero, que por la dicha clauſula, ſegũ el intento de los Abogados contrarios, y lo fundan anſi en el num.26. de ſu informacion, con los ſiguientes, la razon final en que ſe mouierõ los fundadores para llamar el hijo ſegundo, fue porque ſu apellido y armas no ſe confundieſſe con otra memoria diferente: y en el num.34. dizen, que la expreſsion deſta razon tiene tanta fuerça, que ſe eſtiende al caſo omiſſo, dõde milita la miſma razon: y ſi eſto es aſsi ſegun ſu intencion, que ſegun derecho no lo es, la dicha doña Antonia tiene derechamẽte contra ſi las palabras de la dicha clauſula: porque ſi los fundadores dizen, que eſte ſu vinculo no lo pueda auer el hijo mayor ſuceſſor del otro vinculo; y en eſte caſo quieren, que aunque ſea hembra la hija ſegunda lo herede: porque no quieren que ſu apellido y armas ſe confunda con otra memoria diferente, poniendo por pena al que lo con-



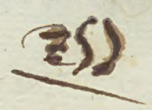


contrario hiziere pierda su mayorazgo, y passe al siguiente en grado, claro es que prohiben jũta actual de dos mayorazgos entroncados en vna cabeça, de tal forma que aya confusiõ: porque assi lo dan por razon, ibi: *Porque no queremos que este apellido y armas se confundan con otra memoria*, y esta confusion no la ay, porque el dicho dõ Gabriel hasta aora, ni es, ni ha sido sucessor de otro mayorazgo, con carga, ni sin carga de apellido y armas, ni en su cabeça està confundido el apellido y armas de los fundadores con otra memoria, ni ha llegado el caso de passar por la confusion al siguiente en grado, que es la pena que ponen los fundadores al contrauiniente: y los fundadores, como aduertimos en la dicha tercera oposicion, fol. 21. hasta el fin, no dixerõ simplemente, que concurriendo el hijo mayor con hembra segunda hija, heredasse su mayorazgo la hija segunda; sino que no lo pudiesse auer el hijo mayor sucessor del otro vinculo; y de la vna palabra a la otra va lo que de la esperança a la actual tenencia: porque la esperança es vn derecho ad rem, que la llamò Platon, somnium vigilantium: y el ser sucessor, no es, como los Abogados contrarios, sin ley, ni razon dizẽ al fin de su informacion, el habitual posseedor; sino el tenedor y posseedor de los bienes del mayorazgo, segun fundamos en el lugar alegado. Y en esta conformidad definio la palabra, *sucessor*, Paulo de Castr. in l. quædam, §. nihil interst, num. 5. ff. de ædendo, ibi: *Successorum appellatione, in dubio continentur successores vniuersales, qui dicuntur successores iuris, vt sunt hæredes, & bonorum possessores*. Y de suyo esta palabra, *sucessor*, es correlatiua a la de predecessor: porque predecessor sinifica el antecessor del sucessor; y sucessor el posseedor subsiguiente al predecessor: y

fuera

fuera vna necia y imprudentẽ diſpoſiciõ, y digna de reprehenſiõ (porque nos aprouechemos de lo miſmo que los Abogados contrarios dizen en el num.35. de ſu informacion) que los fundadores que con tanto ahinco llamaron ſiẽpre a la ſuceſsion de ſu mayorazgo los hijos mayores varones de los ſucesſores del dicho mayorazgo, ſi por ſolo la eſperança incierta de la ſuceſsion del mayorazgo de ſu padre, en poca, o en mucha cantidad, le excluyeran de la ſuceſſion del mayorazgo de ſu madre, que premurio a ſu marido, y le paſſaran en la hija ſegunda, por la dicha razon de que ſu apellido y armas no ſe confundieſſe con otra memoria; pues miẽtras no murieſſe el padre, y el hijo mayor contrauiniendo al preceto de la prohibicion, acetaſſe aquel, y confundieſſe aquella memoria cõ eſta, no viene el caſo de paſſar eſte mayorazgo al ſiguiente en grado: porque ſi no es por ſuceſſion actual en los mayorazgos, no ſe confunde, ni pueden cõfundir las armas y apellido de los fundadores, que es lo que conſiderò la l.7. tit.7 lib.5.recop.ibi: *El hijo mayor, que en las dichas dos caſas aſsi juntas por caſamiento podia ſuceder, ſuceda ſolamente en vno de los tales mayorazgos, en el mejor y mas principal, qual el quiſiere eſcoger.* De ſuerte, q̃ no auiendo ſucedido el dicho don Gabriel, ni ſiendo ſuceſſor del mayorazgo de ſu padre: porque con eſta palabra, *ſuceſſor*, le eſtà (en concurrencia de la hermana ſegunda) prohibida la ſuceſsion en eſte mayorazgo: y en duda (como de la autoridad de Paulo de Caſtro expreſſa, conſta ſinifica el actual poſſeedor de los bienes) no ſolo no le eſtà quitada la dicha ſuceſſion, pero le eſtà concedida: y entonces ſolo la dicha doña Antonia, a no ſer generacion del dicho Ioan de Ouando, pudiera tener acciõ a eſte

mayo-





mayorazgo, quãdo muerto don Gabriel Arias de Saauedra, padre de ambos litigantes, huuiera sucedido el dicho don Gabriel de Ouãdo en su mayorazgo: pero oy no tiene ningun derecho.

Quando no fueran tan fauorables à la sucession del dicho don Gabriel las dichas palabras: *porque no queremos que este apellido y armas se confundan con otra memoria diferente desta*, dellas no sale extension a darles efeto mas que en los casos expressados, y solo siruen de razon: porque los fundadores, si lo que Dios no quisiesse, por defeto del dicho Ioan de Ouando y de su generacion, viniesse este mayorazgo a alguna de sus hijas, o otra hembra, que casase con hombre que tuuiesse otro mayorazgo, sucediesse el segũdo. Y todas las vezes que hecha la disposicion limitada a ciertos grados, o personas, se da la razon porque se haze, aunque aquella razon sea generalissima, y que de por si sola comprehendiera amplamente mas personas de las expressadas, no estienden a mas de aquellas su efeto, y solo obran de razon acerca de aquellos grados y personas expressadas en la cabeça de la disposiciõ: el exemplo mas apretado es, quando vn testador, auiendo precedido llamamientos y sustituciones especiales, dirigidos a cierto genero y descendencia de personas, hazen prohibicion de la enagenacion de los bienes, porque quierẽ que queden y se conseruen en su familia: y con ser esta razon tan general, no estiende el fideicomisso a mas grados, ni mas personas, que los expressados en la disposicion, ni es poderosa para ello. Assi lo resoluierõ Bolognino, Omodeo, Alex. Hyppolit. Riminald. Deci. Socin. senior, & iunior, Paul. de Leon, Oldrald. Gozadi. Curt. iun. Alban. Alciat. Cephal. Crauet. Hieronim.

Gab.Burſ.Rolan.à Valle,Ploto,Bèrreta, Cœpola,Alex.de Neuo,Bertazola,Malmaſia, Marcabruno,Oſaſco,Petra y otros,que alegan Pereg. de fideicomm.art.14.n.47. Menoch.conſ.379. n.49.& conſ.777.n.2.lib.8.& conſ.972.n.15. cũ ſeqq.lib.10.Caualc.deciſ.5. a n.67. Andr.Fach. controuerſ.iuris,lib.10.ca.19.Y aſsi,la dicha razon no puede eſtenderſe a mas, que en las perſonas y grados comprehendidos en la diſpoſicion,que eſtan condicionados en defeto del dicho Iuan de Ouando y ſu generacion, y contra ella no puede eſtenderſe, ni obrar: porque las hembras de aquellageneracion eſtan ſaluadas, y en ellas no quiſo el fundador, ſino que regularmente caſaſen, o no caſaſen con hembras q̃ tuuieſſen otro mayorazgo, no ſucedieſſen ſus hijos mayores,ſino que ſucedieſſen en la forma como en la 1.part. del 1.artic.de nueſtra informacion dexamos fundado.

De donde reſulta,que de lo miſmo que los Abogados contrarios alegan,entendidas en la forma como ſe han de entender las palabras de la clauſula, en ſu entero y perfeto ſentido, queda mas firme la juſticia del dicho don Gabriel de Ouando.Salua,&c.